

ganos establecidos para la aplicación del Convenio: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El VII y último capítulo tiene por objeto la eficacia de la Convención en el sistema jurídico español. En su estudio se examina el valor de Convenio, que en cuanto Tratado internacional forma parte del ordenamiento interno, planteándose la cuestión del cual sea su lugar en la jerarquía de las Fuentes de Derecho. Al irse estudiando el señalado alcance del Convenio, para la interpretación de las leyes españolas, se ponen de relieve dos posibles repercusiones; primera, la de invocar ante los Tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzca de las sentencias del Tribunal Europeo, y en segundo lugar, la posibilidad de invocar la inconstitucionalidad de las leyes que vulnere interpretaciones en materia de derechos humanos llevadas a cabo por el Tribunal Europeo. Concluye el capítulo con el estudio de la regla del agotamiento de los recursos internos, reconocida por el Convenio; lo que da motivo para considerar los dos especiales recursos que establece la Constitución, el recurso de amparo ordinario (art. 53, 2) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53, 2 y art. 161, 1, b).

Dos Apéndices cierran la obra. El primero contiene la relación, en cuidado resumen, de treinta y una sentencias y autos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la que puede observarse la evolución de la doctrina del Tribunal, desde el caso Lawles (1960-1961) al caso Marckx (1979). Su interés extraordinario no necesita ser subrayado. Será permitido señalar el sentido extremadamente amplio y «progresista» con el que el Tribunal ha venido a interpretar los términos del Convenio. Con el resultado de chocar con muchas disposiciones del Código civil, mientras no sean sustituidas con arreglo a los mandatos de la Constitución y también con las reglas extremadamente retrógradas de algún Fuero y Compilación de Derecho especial. El segundo Apéndice, para mayor comodidad del lector, recoge el texto de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y los instrumentos de ratificación del Estado español.

Bastará esta somera exposición del contenido de este libro para que se advierta su interés actual y su importancia doctrinal y práctica.

R.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: «Sobre las consecuencias de una funcionalización de los Notarios». Separata de la *Revista de Derecho Notarial*, núm. CIV, Madrid, abril-junio 1979. 113 págs.

Acude el autor, con este estudio, a la invitación hecha por el señor secretario de Estado para la Administración Pública, en las palabras de presentación de un borrador de Anteproyecto de Ley de Bases de la Función Pública, con el propósito de conseguir un debate nacional en el cual «todos... puedan contribuir a su elaboración antes de su aprobación y de su envío a las Cortes».

Ciertamente en el anteproyecto no se asimila ni equipara al Notariado con los Funcionarios de la Administración; pero el esclarecimiento de su distinta naturaleza y la puntualización de las consecuencias de una funcionalización del Notariado español, es una aportación de interés y oportunidad indudables cuando se anuncia en nuestro país la preparación de dicha Ley.

La exposición completa, densa y resumida de la función del Notariado, en el Derecho comparado, histórico y actual, con especial consideración del Derecho español, que se realiza en este estudio, pone al alcance de todos, de manera clara y objetiva, el estado de la legislación, de la doctrina científica y de la jurisprudencia en relación con ella.

Tras recordar, en la Introducción, los preceptos legales vigentes y, de manera especial, los constitucionales referentes, de manera separada y distinta, de un lado, a las profesiones tituladas organizadas en Colegios profesionales (art. 36), y de otro, a los Funcionarios Públicos que pueden agruparse en sindicatos (art. 103, 3) y están sometidos a los principios de «jerarquía, descentralización y coordinación» (art. 103, 1); y los valores consagrados en ella: libertad, justicia, seguridad jurídica, legalidad y jerarquía normativa y publicidad de las normas, derechos humanos, economía de mercado, en suma, el Estado social y democrático de Derecho, congruentes con el tipo de Notariado profesional del Derecho, anticipa su conclusión de que el Notariado no sólo debe quedar fuera de la Ley de Bases de los Funcionarios civiles del Estado, como lo está ahora, sino que debe declararse en ella, de manera expresa, tal exclusión.

Para profundizar la fundamentación de su tesis y esclarecer que los Notarios desempeñan una función privada que es propiamente notarial, la cual es profesión libre jurídica, aborda sucesivamente —en los apartados o capítulos II y III— el examen objetivo y subjetivo del Notario profesional del Derecho y lo complementa —en los IV y V— con los de la función pública del Notario y el Notario funcionario público, donde cobra relieve en qué manera la función privada y la pública notariales se integran y unifican entre sí configurando la propia y peculiar naturaleza del Notario de libre profesional privado del Derecho.

La «obligación de aconsejar» a los interesados y la «labor directiva y asesora» que nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado atribuyen literalmente al Notario, así como la «jurisprudencia cautelar» que le reconoce como misión de doctrina, no se contraen a los límites meramente jurídicos, sino que se extienden a reconocer al Notario como consejero humano realizador de una misión adecuadora del supuesto de hecho o realidad propuesta por las partes, a los esquemas normativos, *adecuación necesaria*, para la acomodación al mejor logro de los fines perseguidos, y son funciones propias y peculiares de los Notarios *ex officium*, quienes han de cumplirlas no sólo de manera coetánea a su función documental, sino muchas veces antes o después de ella. Todas estas funciones notariales de índole privada, impuestas a los Notarios como tales, puedan ser además ampliadas con otras, también privadas, anteriores coetáneas o posteriores, por acuerdo con los particulares interesados, mediante la denominada *adecuación facultativa*: depósitos; inscripción de do

cumentos; particiones de bienes; redacción o revisión de estatutos, etc.; y también mediante asesoramientos autónomos en los cuales el Notario cumple su misión asesora sin relación concreta con la redacción y autorización de instrumento público alguno.

El Notario, como profesional libre del Derecho, ejerce una función privada absolutamente diversa de la de los Funcionarios Públicos, como resalta de la posición del Notario entre los juristas con su intervención asesora en el ámbito de la vida jurídica sin contienda, de su libertad como profesional; de su organización corporativa; de la libertad de elección por el público; de la posibilidad de tener clientela; de la concurrencia profesional; del contrato directo entre Notario y clientes; de la retribución directa por estos últimos; de la posibilidad de trabajar en equipo varios Notarios, que llega, en algún caso, como en Francia, a la existencia de sociedades civiles ejercientes de la profesión notarial. Y queda patente, de manera especial, en la responsabilidad directa civil de los Notarios por dolo, culpa o negligencia, sin que se dé, como ocurre con los Funcionarios Públicos, responsabilidad civil del Estado.

Sucesivamente compara acto notarial y acto administrativo; examina la fecunda teoría estructural del documento público y la distinta naturaleza de función notarial y jurisdicción y pasa después a estudiar al Notario como funcionario público (apartado o capítulo V) y tras exponer las notas diferenciales que difícilmente se concilian con el concepto del Notario como verdadero y propio funcionario público, expone las dudas que a la doctrina notarialista y administrativista —nacional y extranjera— y a la jurisprudencia, ha planteado la naturaleza de la función pública notarial y resume las diferentes tesis propuestas, silenciando, para mayor objetividad, su propia opinión; y pone de relieve de qué manera la función privada notarial penetra y configura la pública dotándola de naturaleza peculiar en la que no es ya posible aislarla de sus elementos privados, lo cual distingue la dación de fe notarial —inescindible de las demás funciones del Notario— de la certificante de los Funcionarios Públicos.

El Notario no es un mero fedatario: le corresponde por su propio oficio toda la misión privada configuradora y elaboradora del acto o negocio mismo conforme al fin querido por las partes. En cambio, la fe pública de los Funcionarios es mera potestad certificantes: se extiende a certificar el texto elaborado por otros. Incluso las funciones asesoras de los Secretarios de Administración local se limitan al control de legalidad.

La fe notarial desborda la mera autenticación de los hechos que el Notario ve, oye y percibe por los sentidos y se extiende a la de las declaraciones de voluntad de las partes y al hecho que motiva el otorgamiento (art. 1.218 del C. c.). El control de legalidad del Notario queda matizado por su función privada que profundiza hasta llegar al fondo del negocio, a las reservas mentales, a las incapacidades no aparentes, a los errores de hecho y de derecho, coacciones, fraudes, simulaciones absolutas o relativas, y llega hasta la busca de nuevos medios de obtener el fin perseguido, lo cual abre vía a la labor creadora notarial.

La fe pública del Notario está sometida sólo a los Tribunales de Justicia;

la administrativa está sujeta a la disciplina jerárquica y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A continuación (capítulo o apartado VI) se ocupa de la Historia y del Derecho comparado. Históricamente queda patente que el Notariado no ha sido creación del Estado o de los Poderes Públicos, sino que surgió espontáneamente de la sociedad. No se trata de funcionarios que fuesen adquiriendo funciones privadas de profesionales del Derecho, sino, por el contrario, de juristas profesionales dedicados privadamente a redactar documentos, que conquistan credibilidad en la sociedad y llegan a conseguirla también ante los Tribunales. Incluso después de haber logrado la fe pública apareció la venalidad de sus oficios, muestra extrema de privatización.

El Derecho comparado muestra tres tipos fundamentales de Notariado: el latino, el anglosajón y el administrativo. El latino, consecuencia de la implantación del Derecho romano común se extiende hasta donde llegó la romanización: actualmente existe en Italia, Francia, España, Benelux, Alemania Federal, algunos cantones suizos, Austria, Grecia, América Latina, el estado de Lousiana, la provincia de Québec, Turquía, Japón, algunos países de habla francesa o española de África y continúa su expansión. Hace referencia el autor a la Unión Internacional del Notariado Latino, creada en el segundo Congreso de dicho Notariado que tuvo lugar en Madrid el año 1950, reconocida por la Unión de Estados Americanos, por la UNESCO y por la O. N. U. Es de recordar que la Unión ha creado en su seno la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI), con reglamento aprobado en 1976, que tiene por misión establecer contacto con los Notariados de los países que no tienen organización notarial y en vías de desarrollo, al efecto de cooperar con ellos al establecimiento y desarrollo de los principios del Notariado Latino. En el primero de los Congresos, el de Buenos Aires de 1948, se definió al Notario latino de esta manera: «profesional del Derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido».

El Notariado anglosajón existe en países que desconocen el documento auténtico. En Inglaterra, sólo el Notariado de Londres se aproxima al tipo latino y allana las dificultades de relación documental entre Inglaterra y los países de Notariado latino.

El tercero grupo o tipo de Notariado lo constituye el administrativo o Estatal existente en países socialistas.

En el último capítulo, el VII, se pormenorizan las fundamentales diferencias entre el Notariado latino y el administrativo y las consecuencias en cuanto a eficacia y alcance de su función, acreditativas de la superioridad del primero, incluso para la libre circulación y eficacia internacional de los instrumentos públicos admitida y practicada en los países del mercado común en cumplimiento del Tratado de Roma.

La meticulosa y detallada argumentación y aportación de datos de Rodríguez Adrados hace no sólo fundada, sino indiscutible la afirmación de su conclusión: «La superioridad del Notariado latino frente al Notariado administrativo es, pues, clara, desde todos los puntos de vista. Su introduc-

ción sería, en los momentos actuales, especialmente perjudicial al privar a los españoles del asesoramiento notarial en víspera de tantas reformas legislativas como va a afectarle.»

Esperemos que, de acuerdo con la Constitución, con nuestra tradición jurídica y con los datos completos y claros aportados en el estudio del que nos ocupamos, triunfe en los redactores de la futura Ley de Funcionarios Públicos el criterio de introducir en ella una norma expresa de exclusión de los profesionales notariales del Derecho.

M. R. V.

ROTONDI, Mario: «*Inchieste di diritto comparato (7). L'abus de droit*». Padova, CEDAM. Casa editrice dott. Antonio Milani, 1979, 502 págs.

No hace mucho, en este ANUARIO se daba cuenta de la aparición como libro de la antigua tesis doctoral del profesor Rotondi (A. D. C. XXXII-IV, octubre diciembre 1979, págs. 870 y sig.). Su interés por el tema del abuso del Derecho no ha disminuido con el curso de los años. Ahora vuelve a manifestarse con la publicación de esta obra en la colección de encuestas de Derecho comparado.

En un prefacio, redactado en cinco lenguas (francés, italiano, inglés, español y alemán), el profesor Rotondi recuerda que debe a su maestro Barassi el haberse interesado por la cuestión del abuso del derecho; interés que nunca ha cesado, sino al contrario, ha aumentado a medida que se ha extendido a temas conexos y vecinos. El abuso del derecho —nos dice— no es el único caso de reacción o de limitación de la utilización del Derecho subjetivo, a causa de su oposición al orden ético; lo que se manifiesta no sólo en el del principio «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*», sino también en el reenvío a la equidad del juez, en la acción de enriquecimiento injusto, y en los efectos reconocidos a la costumbre; adaptación de la norma preconstituida que se extiende también al Derecho público.

La obra contiene veintidós trabajos, en general de autores conocidos, que son pequeñas monografías sobre cada uno de los ordenamientos jurídicos de otros tantos países. Constituyen una excepción el estudio del profesor Jorgensen sobre el Derecho nórdico y el del profesor Spota, que se ocupa del Derecho de los países latino-americanos, siguiendo este orden: legislaciones que establecen expresamente el principio; las que lo aceptan implícitamente, y las que adoptan un criterio restrictivo.

Entre los estudios dedicados a un solo país pueden mencionarse en primer lugar aquellos cuyo ordenamiento contiene una admisión expresa de principio del abuso del derecho. Pueden citarse los de Cunha de Sa, sobre Derecho portugués; de Deloukas, sobre Derecho griego; de Fernández de Villavicencio, sobre Derecho español; de Eörsi, sobre Derecho húngaro, de Jonasco, sobre Derecho rumano; de Kunz, sobre Derecho checoslovaco; de Noda Yosiyuqui, sobre Derecho japonés; de Ohanowicz, sobre Derecho polaco; de Ranieri, sobre Derecho alemán, y de Tercier, sobre el Derecho suizo. Estos trabajos no se ciñen a comentar los textos legales, sino que